

//tencia No.1187

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, quince de diciembre de dos mil veintidós

VISTOS:

Para sentencia definitiva esta causa caratulada: "**AA - PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO DE PECULADO - CASACIÓN PENAL**", IUE: 2-29165/2020, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por la formalizada AA [asistida por el Dr. Félix Mello (sello ininteligible)] contra la sentencia definitiva No. 33, de fecha 17 de mayo de 2022, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por el mencionado, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er. Turno [Sres. Ministros Dres. Salazar Delgado, Gómez Ferreyra y Olivera Negrín (r)] falló: "*Confírmase la Sentencia No. 98 dictada el 26 de abril de 2021 salvo en cuanto que en esta instancia se le condena a AA a la pena de dieciséis meses de prisión además de los tres años de inhabilitación especial (...)*" (fs. 573/578).

Asimismo, por Decreto No. 299, de fecha 19 de mayo de 2022, se dispuso: "*en aplicación de lo dispuesto por a. 222.2 del CGP,*

advirtiéndose que en el fallo de la sentencia N° 33/2022 se consignó el mes de abril en referencia a la sentencia N° 98, rectificase el mismo siendo el mes de octubre, como se expresó en el cuerpo de la sentencia (...)" (fs. 579).

A su vez, el pronunciamiento anterior emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1er. Turno [proceso simplificado a cargo del Dr. Daniel Borsani Estéfan] por sentencia No. 98, de fecha 26 de octubre de 2021, había fallado: *"Condenando a AA como autora penalmente responsable de UN DELITO [DE] PECULADO, a cumplir la pena de 2 años de penitenciaría y 3 años de inhabilitación especial, con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo los gastos procesales y carcelarios legales de rigor (arts. 105 Literal E y D y 106 C. Penal). Téngase a las partes por notificadas en este acto, otórgase copia del presente pronunciamiento y el registro de audio a las partes si lo solicitaren. Dispónese la devolución de los bienes objeto del delito en los términos del art. 200 CPP (...)" (fs. 538/548).*

II.- En tiempo y forma, la imputada interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el "Ad Quem". Los fundamentos volcados en el libelo introductorio del medio impugnativo (fs. 585-589) son, básicamente, los

siguientes:

a) Se infringió el artículo 14 del CPP (interpretación e integración de las normas penales) y la calificación jurídica, ya que se condenó a la recurrente por el delito de peculado (artículo 153 del CP) cuando su conducta no encuadra en tal figura, puesto que los bienes que se le incautaron no los tuvo *"en posesión por razón de su cargo"*.

En la sentencia recurrida se hizo mención a Cairoli, tomando fragmentos de lo que dice, pero no la totalidad de sus dichos. En tal sentido, enseña Cairoli que: *"Razón del cargo significa tener la cosa o el dinero por competencia propia del cargo, por competencia determinada por ley o decreto, no ocasionalmente, por lo que si un funcionario se apropiare de un dinero que le fue entregado en custodia ocasionalmente, cometería un simple delito de hurto agravado por el inciso 13 del art. 47, pero no peculado. Si yo profesor de la Facultad, me apropio de la silla donde me siento cuando dicto clase, cometo hurto y no peculado porque esa silla no está en posesión mía por razón de mi cargo. El delito de peculado con la silla lo podrá cometer eventualmente el funcionario de intendencia o mantenimiento de la Facultad, que esté encargado específicamente para cumplir la función de custodiar los muebles que se*

encuentren su recinto".

Indicó que, en el caso de autos, ha quedado probado que la recurrente trabaja como "Auxiliar de Servicio" (limpiadora) en Estadio "Raúl Goyenola" desde el 22/12/2015, siendo sus superiores: BB (capataz), y en ausencia de este, CC y DD (quienes ejercían como capataces). No se probó que la enjuiciada tuviera facultades de custodia y/o de posesión de las mercaderías que le fueron incautadas en razón de su cargo. En otras palabras, hubo una errónea interpretación de la norma penal y, por ende, de calificación jurídica, ya que la acusada nunca pudo haber cometido el delito de peculado, porque las cosas no estuvieron en su "posesión por razón de su cargo". Las mercaderías donadas a la Intendencia de Tacuarembó se descargaron en el "Estadio Goyenola", en la descarga trabajaron tres cuadrillas de más de quince personas. La condenada no participó en dicha descarga. No tenía deber genérico alguno de garante de las mercaderías, ya que su función como empleada pública es la de "Auxiliar de Limpieza" del mencionado Estadio.

Más aún, con la interpretación dada por el Tribunal, en cuanto al deber genérico de custodia todos los funcionarios públicos, si se apropiaran de bienes del Estado, cometerían peculado y no cabría más la tipificación de hurto.

b) Por otra parte, argumentó que la recurrida desestimó la aplicación de la Ley No. 19.831 ("*Libertad Vigilada*"), por entender que tal beneficio debió ser solicitado con anterioridad al dictado de la sentencia definitiva de condena. A su juicio, el "*Ad Quem*" efectuó una errónea interpretación de la norma, porque entiende que la sentencia de primera instancia es definitiva, cuando en realidad no lo es, porque admite apelación, y no se encuentra firme.

c) Manifestó que se infringió el artículo 86 del CP (individualización de la pena), porque la condena dispuesta resulta elevada. En este caso se debe aplicar el mínimo legal previsto para el delito de peculado que es de doce meses de prisión. No se tuvo en cuenta la circunstancia atenuante prevista en el artículo 154 del CP ("*cosas de poco valor y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal*"). En efecto, a la recurrente se le incautaron materiales de poco valor: tres tapas de inodoro, siete chalinas, dos camperas, una capa de lluvia, una cartera, dos vestidos, una llave francesa y un par de botas. Todos los bienes fueron recuperados (devueltos). A su vez, es primaria absoluta, sin antecedentes judiciales y tiene dos hijos menores de edad a su cargo, de modo que no hay posibilidad alguna de reincidencia.

III.- Por Providencia No.

334, de fecha 1° de junio de 2022 (fs. 590), se confirió traslado del recurso.

La Fiscalía actuante, a fs. 592-601 vto., lo evacuó y bregó por su rechazo (se dispondrá la corrección de la foliatura, pues se repite número de foja y una quedó sin foliar).

IV.- Por Decreto No. 380, de fecha 20 de junio de 2022, se ordenó que se elevaran los autos a la Suprema Corte de Justicia con las formalidades de estilo.

La causa fue recibida en esta Corporación el día 29 de junio de 2022 (nota de cargo de fs. 604).

V.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde desestimar el recurso movilizado (Dictamen No. 000165 de 15 de agosto de 2022, que obra a fs. 608/611 vto.).

VI.- Por Decreto No. 1220, de fecha 23 de agosto de 2022 (fs. 614), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

VII.- Culminado el estudio se acordó emitir pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de

Justicia acogerá el recurso de casación interpuesto por la imputada AA y, en mérito a ello anulará la sentencia recurrida, absolviendo a la condenada por el delito de peculado imputado.

Asimismo, en aplicación de los artículos 277 CGP, 369.3, 121 y 122 del CPP, se dictará el fallo que en su lugar corresponda y se darán los respectivos fundamentos. En base a ello, se condenará a AA como autora penalmente responsable de un delito de hurto especialmente agravado (artículo 341 numeral 6° del CP) a la pena de doce meses de prisión de cumplimiento efectivo, con descuento de la medida cautelar sufrida.

En consecuencia, y teniendo a la vista que la cautelar cumplida es sensiblemente inferior a la condena dispuesta, ordenará, en forma inmediata, la devolución al "Ad Quem" para que remita al "A Quo" a los efectos de su efectivo cumplimiento, debiendo librar orden de detención, notificar y cumplir con lo ordenado en el presente fallo, conforme se dirá.

II.- De modo preliminar, a los efectos de facilitar el razonamiento expositivo, corresponde relevar que, en el marco de un proceso simplificado, a juicio del Tribunal la conducta desplegada por la prevenida -uruguaya, soltera, de 29 años de

edad, nacida el día 6 de enero de 1993, funcionaria municipal, la que no se encuentra en la actualidad cumpliendo medidas cautelares- encuadra plásticamente en la hipótesis delictiva prevista en el artículo 153 del Código Penal (delito de peculado), en calidad de autora.

En lo atinente a la plataforma fáctica, la cual no se encuentra cuestionada por la imputada en su recurso de casación ni tampoco en la apelación (pues sus agravios guardan relación con la calificación, cuantía de la pena y forma de cumplimiento), en el grado, se tuvo por probados los siguientes hechos.

El 18 de agosto y 18 de noviembre de 2019, las empresas EE y FF ofrecieron a la GG una donación de diferentes artículos por U\$S3.145 y U\$S6.894 respectivamente, para ser destinadas a obras sociales de todo el Departamento, así como colaborar con las personas más carenciadas.

Ello fue aceptado por la Comuna, consistiendo la donación en 1816 tapas de madera para inodoro, 3.930 pares de botas, 2.618 equipos de lluvia, 1764 camperas, 1876 unidades de accesorios para dama, 485 unidades de carteras y bolsos y 599 unidades de vestimenta de dama.

Luego de que el Ministerio de Economía y Finanzas resolvió que los bienes objeto de

donación se encontraban incluidos en la inmunidad impositiva, la referida Intendencia envió a Zona Franca Florida un camión de la Empresa "El Calabrés".

Con fecha 17 de julio de 2020 en horas de la mañana la mercadería fue trasladada al Estadio Municipal Raúl Goyenola, trabajando en la descarga tres cuadrillas de más de quince personas.

Dentro de quienes concurren, se encontraba la Esc. HH, quien, previo a retirarse, ordenó al capataz II que a cada uno de los funcionarios que se encontraban realizando la descarga, se les entregara un par de botas de goma y una llave francesa, a los efectos de premiar ese trabajo, en atención y/o agradecimiento a la colaboración que brindaron, lo que fue comunicado por Rodríguez a los mismos -incluidos los funcionarios del Estadio-.

En inspección ocular practicada en el domicilio de Coore se ubicaron 3 tapas de inodoro, 7 chalinas, 2 camperas, 1 capa de lluvia, 1 cartera, 2 vestidos, 1 llave francesa y un par de botas.

Las partes "arribaron a un acuerdo probatorio en cuanto a que los numerales 1 a 16 del capítulo de los Hechos, de la demanda acusatoria presentada, se ajustan a la realidad y se tienen por acreditados". Dentro de ese acuerdo, se le otorgó valor de prueba a toda la documental ofrecida en la acusación

"y se dan por acreditados los hechos que surgen de los numerales I a X", homologado por la Sede "A Quo", por Decreto No. 1832/2021.

Tramitada la causa bajo la modalidad de proceso simplificado, en ambas instancias se entendió y por ende se condenó a la imputada como autora penalmente responsable de un delito de peculado, a título de dolo. En cuanto al guarismo punitivo, el "Ad Quem" lo morigeró a dieciséis meses de prisión efectiva con descuento de la cautelar sufrida.

III.- Establecido lo anterior, se pasará a analizar el primer agravio introducido por la encausada que guarda relación con la calificación jurídica imputada en la instancia.

En tal sentido, a su juicio existe ausencia de tipicidad, dado que jamás estuvo en "*posesión de los bienes en razón de su cargo*", por lo que no es posible que pueda purgar condena por un delito que no cometió.

Pues bien, como se observa, el fundamento del agravio involucra temática de calificación jurídica, consistente en definir, concretamente, si la conducta desplegada por la imputada tipifica el delito por la cual fue condenada (peculado).

a) Ahora bien, no habiéndose cuestionado la plataforma fáctica, la Corte

pasará a reseñar la misma y luego, en base a ella, determinar si existió o no error del Tribunal en la subsunción. En tal sentido, se observa que los días 18 de agosto y 18 de noviembre de 2019, las empresas EE y FF, ofrecieron a la GG una donación de diferentes artículos por la suma de U\$S3.145 y U\$S6.894 respectivamente, para ser destinados a obras sociales de todo el Departamento, así como colaborar con las personas más carenciadas (1816 tapas de madera para inodoro, 3.930 pares de botas, 2.618 equipos de lluvia, 1764 camperas, 1876 unidades de accesorios para dama, 485 unidades de carteras y bolsos y 599 unidades de vestimenta de dama).

El día 17 de julio de 2020 la mercadería fue trasladada al Estadio Municipal "Raúl Goyenola", trabajando en la descarga tres cuadrillas de más de quince personas. Dentro de quienes concurrieron se encontraba la Esc. HH, quien, previo a retirarse, ordenó al capataz II que a cada uno de los funcionarios que se encontraban realizando la descarga, se les entregara un par de botas de goma y una llave francesa, a los efectos de premiar ese trabajo, en atención y/o agradecimiento a la colaboración que brindaron. En ese marco, II les comunicó a los funcionarios -incluidos los funcionarios del Estadio- que podían retirar dichos efectos.

Surge de autos que en la inspección ocular practicada en el domicilio de la condenada se ubicaron tres tapas de inodoro, siete chalinas, dos camperas, una capa de lluvia, una cartera, dos vestidos, una llave francesa y un par de botas.

En cuanto a su cargo, la enjuiciada era funcionaria pública, auxiliar de limpieza dependiente de la GG Al momento de los hechos la funcionaria tuvo acceso a los bienes de autos por estar asignada en el lugar donde se cumplió la descarga y acopio de los bienes muebles. La acusada no formó parte de las cuadrillas que realizaron la descarga y que luego se fueron del lugar.

b) Pues bien, ingresando al agravio en sí, el artículo 153 del Código Penal, que tipifica el delito incriminado, previene que *"El funcionario público que se apropiare del dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años"*.

El delito se edifica, entonces, sobre la base inicial de la apropiación de los objetos materiales (en el caso: "cosas muebles"), debiendo por tanto haberse invertido el título de la

tenencia o posesión de la cosa, trocándola por actos de dominio sobre ella, incorporándola a la esfera de pertenencia del actor del reato que actúa como dueño y con poder de disposición (Cfme. LANGÓN, M. "Código Penal Uruguayo", UM, 2017, págs. 153 y 154. En igual sentido, véase: BAYARDO, F. "Derecho Penal Uruguayo", T. IV, V. I, Montevideo, 1971, pág. 176; PREZA, D. "Delitos económicos" Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 324; SOLER, S. "Derecho Penal Argentino", T. V, pág. 203, entre muchos otros).

La apropiación aludida, no se discute.

c) Ahora bien, el dilema planteado se centra, básicamente, en la cuestión de la "posesión por razón de su cargo" reclamada por la figura delictiva prevista en la norma del Código Penal. En efecto, la condenada alega que, por su condición de "Auxiliar de Limpieza" en el Estadio Municipal "Raúl Goyenola", nunca tuvo "la custodia de los bienes en razón de su cargo", porque los bienes apropiados no eran necesarios ni utilizados para cumplir su función.

En vista de lo anterior, y considerando la conducta desarrollada y la figura delictiva atribuida, arguye la recurrente que no existe adecuación típica en el caso.

Por su parte, a fin de

justificar la ratificación de la condena, y no siendo objeto de debate en casación, el Tribunal argumentó que, en el presente expediente, se está frente a una funcionaria pública, dependiente de la Intendencia de Tacuarembó, y se trata de bienes -los apropiados- pertenecientes a la Comuna (fs. 575 vto.). En tal sentido, en dicha foja, remarca la Sala: *"A su vez, la acusada tuvo acceso a ellos, por ser funcionaria municipal asignada en el lugar donde se cumplió la descarga y acopio de los bienes muebles. Fue por desempeñar su cargo como auxiliar y efectuar tareas de limpieza, que pudo retirar los citados efectos para su beneficio o de terceros. La acusada no formaba parte de las cuadrillas que realizaron la descarga y luego se retiraron del Estadio, sino que prestaba funciones en el mismo y por tanto tenía un deber genérico de garante de lo que se encontraba en su interior"*.

Desde ya, este Alto Cuerpo no tiene el honor de compartir las conclusiones a las cuales arribó la prestigiosa Sala. En efecto, a juicio de la Corte, la conducta cometida por la funcionaria enjuiciada, no se ajusta al reato por la cual se la condenó.

Analizando la figura delictiva en cuestión, Camaño Rosa manifiesta que *"El concepto de 'posesión'... es amplio y difiere del*

civil. Implica la facultad que tiene la administración pública para disponer de una cosa, utilizándola para sus fines propios, por intermedio de sus funciones". Agregando: "La mencionada posesión puede tener su origen tanto en la ley, como en un acto administrativo o en la simple costumbre". Y en lo que refiere al otro extremo comprendido en la norma, el autor citado expresa: "...la posesión tiene que ser 'por razón del cargo', en sentido estricto, o sea a causa de las funciones o de la competencia, por lo menos genérica, del funcionario" (Cfme. CAMAÑO ROSA, A., "Delitos contra la Administración Pública", en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", T. 60, año 1963, pág. 128).

Ciertamente, la locución legal por *"razón del cargo"* ha dado lugar a extensos debates, no obstante, habrá de coincidirse que la figura delictiva, para su configuración, reclama, de mínima, que exista una necesaria relación entre el cargo y la posesión.

De esta manera, Bernal Pinzón, citado por Luis Carlos López, señala que *"No basta que la res haya sido confiada contemplatione officii: es necesario que su entrega al funcionario resulte de un mandato legal ex vi legis, o por lo menos, de una práctica inveterada no prohibida por la*

ley" (Cfme. LÓPEZ, L.: "Derecho Penal", T. III, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1990, pág. 177).

Toma nota este Colegiado que, el adjetivo posesivo singular "su" es apócope de "suyo", "suya", e indica que solo se refiere a las funciones pertenecientes o exclusivas del empleo. En otras palabras, a las de ese empleado (Cfme. aut. cit., op, cit., pág. 180).

Por su parte, refiere Cairoli que el requisito típico de la figura es que las cosas estén *"en posesión en razón de su cargo"*.

Y seguidamente, se pregunta: *¿Qué significado tiene esto?*

A lo que responde: *"Razón del cargo significa tener la cosa o dinero por competencia propia del cargo, por competencia determinada por ley o decreto, no ocasionalmente, porque si un funcio-nario se apropiare de un dinero que le fue entregado en custodia ocasionalmente, cometería un simple delito de hurto agravado por el inciso 13 del art. 47, pero no peculado"* (Cfme. CAIROLI, M., "Curso de Derecho Penal Uruguayo", Tomo IV, FCU, 1995, pág. 208).

Como señala el Sr. Ministro Dr. Pérez Brignani en su voto, al analizar el Derecho Comparado; *"Vale la pena agregar que cuando el tipo penal refiere que la apropiación o utilización*

deben acontecer 'en razón del cargo' alude a que la materialidad típica de la acción debe ser el resultado del abuso que comete el autor de sus atribuciones de administrador, perceptor o custodio, no siendo suficiente con que haya actuado simplemente con ocasión del cargo (Peña Cabrera, R. (2010). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo V. Lima, Perú: Idemsa. pág. 351). Por tanto, si el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza el patrimonio del Estado no es titular de alguno de los deberes típicos o, si lo es, no actúa aprovechándose de su cargo, entonces, solo será factible imputarle la comisión de un delito común como hurto, robo o apropiación ilícita, según corresponda (Rojas Vargas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley, pág. 485)".

Asimismo, en jurisprudencia se ha dicho que quedan comprendidas las situaciones en las que, no solo cuando el funcionario tiene la tenencia material incurre en el delito, sino también toda vez que le quepa alguna responsabilidad por su vigilancia, por su disposición momentánea o por la custodia y actos realizados a su respecto por otras personas bajo su dependencia. Y existe custodia cuando, por la naturaleza de la relación, la forma de trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la función

puede afirmarse que el sujeto no solamente maneja las cosas, sino que lo hace con un grado de autonomía expresamente concedido. Implica la facultad que tiene la Administración Pública para disponer de una cosa utilizándola para sus propios fines, por intermedio de sus funciones (Cfme. sentencia No. 508/2010 TAP 2°).

Sin embargo, esa posesión -naturalmente- tiene que ser "*por razón del cargo*", o sea, a causa de las funciones o de la competencia, por lo menos genéricamente, del funcionario (diferencia medular, entre otras, con la "*apropiación indebida*", donde la cosa puede ser poseída por cualquier título).

En tal sentido, enseña Maggiore: "*La posesión debe calificarse 'por razón de su cargo', agregando 'es preciso que la posesión entre en la competencia, a lo menos genérica, del funcionario*" (Cfme. MAGGIORE, G., Derecho Penal Parte Especial, Vol. III, págs. 170 y 171).

Tal cómo expresó el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno en enjundiosa sentencia: "*BAYARDO manifiesta que: 'La posesión penal del funcionario público, abarca pues, la detentación de la cosa en custodia, el uso, la administración, la tenencia solo ánimo y otros casos en los que falta la apariencia de un dominio externo sobre la cosa'* (Tratado, tomo IV, págs. 175 y ss.). Es decir,

pues, el peculado existe aun cuando el funcionario no tenga la material disponibilidad de la cosa mueble o el dinero, siempre que tenga en posesión cualquiera de éstos; es decir, ya sea la detentación material, la posesión mediata (por vigilancia, orden o mandato), de forma que, por su orden, en razón de su cargo, pueda obtener la material detentación de las cosas muebles o dinero. No se requiere el manejo directo del objeto material del delito, basta la posesión mediata, consistente en la facultad de disponer, de manera que pueda conseguir la detentación de la cosa, mediante un acto o un hecho que la haga entrar en su propia disponibilidad física" (Cfme. sentencia No. 122/2005).

Por su parte, enseña Camaño Rosa, que posesión penal es la "tenencia fiduciaria, poder de hecho concedido sobre la cosa, por 'administración, recaudación o custodia'; sin que requiera especial entrega, bastando que el funcionario las tenga bajo vigilancia...; ni detentación material, bastando la posesión jurídica, originada en un acto administrativo, o en la simple costumbre". En la misma obra, define el alcance de "por razón de su cargo", en los siguientes términos: "En virtud de sus funciones y no con ocasión de las mismas, en cuyo caso puede haber desempeñadas interinamente, por encargo de la repartición administrativa" (Cfme. CAMAÑO ROSA, A., en

"Delitos", Organización Taquigráfica Edina, Mdeo., 1949, págs. 34 y 35).

Bajo tales conceptos, no solo incurrirá en "*peculado*" el funcionario que tenga la tenencia material de los bienes, sino también toda vez que sea responsable por su vigilancia, por su disposición momentánea, o por la custodia y por actos realizados a su respecto por otras personas bajo su dependencia (Cfme. sentencia No. 143/2020 TAP 2°).

Pues bien, bajo los parámetros que anteceden, estima la Corte que el Tribunal incurrió en error al efectuar el encuadre jurídico. En efecto, en ningún sentido posible Coore estaba "*en posesión de los bienes en razón de su cargo*"; de tal suerte, que el elemento o requisito típico del delito no se configura en el caso.

Es decir, la encausada no solo no estaba en "*posesión*" de los bienes (lo que, por sí solo, descarta la comisión del delito atribuido, por ausencia de tipicidad), sino que, lógicamente, tampoco los tenía por "*razón de su cargo*".

Efectivamente, nos encontramos ante una "*Auxiliar de Limpieza*", que realizando tareas en su órbita y en el lugar donde se depositaron los bienes donados, toma la decisión de hacerse de algunos de ellos.

La Sala fuerza la calificación (y con ello la atribución del delito), a partir de sostener que la enjuiciada estaba gravada con una suerte de "*deber genérico de garante de lo que se encontraba en su interior*" (fs. 575 vto.), afirmación que este Colegiado no tiene el honor de compartir, dado que, de existir el mentado deber genérico (que la Sala no justifica en la ley, en el reglamento, o en el contrato), ciertamente resulta inocuo en la esfera del delito que se atribuye a la recurrente.

Hay que estar al deber concreto del funcionario que en particular se investiga. Sucede que el Derecho Penal no tolera interpretaciones amplificantes, al punto de atrapar conductas no contempladas en la norma sustantiva. La extensión del criterio legal, conduce a excesos peligrosos, representativos de arbitrariedades e injusticias. De manera que es forzoso encuadrarlo con mucha objetividad, sin permitir que se incremine a quien no desarrolló la conducta típica prevista en la norma penal.

Véase que la condenada carecía -en forma permanente o transitoria- de potestad, facultad, obligación o carga específica (fundada en la ley, acto administrativo, orden de superior, por encargo, delegación, o simple costumbre) de custodiar, vigilar, supervisar, disponer, administrar o instruyen-

tar alguna medida de resguardo, almacenamiento o acondicionamiento de los bienes en cuestión.

Nada de eso surge de la relación de hechos descrita.

Tampoco, en forma transitoria o casual, tenía asignada una tarea de limpieza respecto de los bienes en cuestión.

Ahora bien, incluso superada dicha esclusa, aún quedaría por definir si Coore tenía la posesión o tenencia de los bienes por "*razón de su cargo*", lo que también corresponde descartar, conforme a la función que cumplía, que era la de "*Auxiliar de Limpieza*", sin otra nota adicional.

Lo esencial en este aspecto es la consideración de que, en la especie, la relación de hecho no informa vínculo alguno entre la funcionaria y la cosa (más allá de que los bienes se encontraban en el lugar donde ella cumplía sus funciones) y entre la cosa y el cargo o función que ella desempeñaba.

Como correctamente se preguntaba la Prof. Adela Reta, hace más de seis décadas y que cobra vital importancia en la resolución del presente caso: "*¿cuál es la condición para que el delito se configure? El codificador aclara que el funcionario que se apropia del dinero o de la cosa*

mueble ya ha de estar en posesión de ese dinero o cosa mueble. ¿Qué quiere decir estar en posesión? Antolisei entiende que por posesión debe considerarse la posibilidad de disponer de la cosa fuera de la vigilancia ajena, sea en virtud de una situación de hecho, sea como consecuencia de la función pública ejercida por el agente. Esto es que la simple tenencia material no importa la posesión, sino que es necesario que el agente tenga la disponibilidad de la cosa, desde luego dentro de las normas propias de la función. Insisto en que la posesión ha de tenerla en razón de su cargo; de ahí que Manzini subraye al examinar esa figura el elemento confianza. Esa posesión supone una relación de confianza entre la Administración Pública y el funcionario puesto que la posesión del dinero o de la cosa mueble se explica en el desempeño de la función pública. Esa posesión está cimentada en la confianza que va a ser destruida por el agente" (Cfme. RETA, A. "Derecho Penal. Segundo Curso", T. I, CED, Montevideo, 1960, págs. 147-148).

Tal como se señaló, en el peculado no se incrimina en relación a una pretendida función de protección o guardador general de los bienes públicos, sino por los deberes propios del funcionario juzgado.

En definitiva, producto de

todo lo anterior, corresponde hacer lugar al agravio y, en su mérito, anular la hostilizada, absolviendo a la enjuiciada del delito de peculado.

IV.- Ahora bien, que no se haya configurado el delito de peculado no significa que la conducta de la encausada no encuadre en ningún tipo penal.

En tal sentido, el artículo 277 del CGP (aplicable por remisión dispuesta por el artículo 369 del CPP), previene que *"Si la Suprema Corte de Justicia casare la sentencia en cuanto al fondo, dictará la que en su lugar corresponda sobre la materia de hecho del fallo recurrido y reemplazará fundamentos jurídicos erróneos por los que estimare correctos"*.

Asimismo, el artículo 369.3 del CPP dispone que *"Cuando se dictare sentencia sobre el fondo regirá lo establecido en los artículos 121 y 122 de este Código"*.

En lo que acá importa, el artículo 121 *"ejusdem"* establece que *"... en casación, si solo recurrió la parte del imputado no se podrá modificar la sentencia en perjuicio de este"*.

Pues bien, con tales insumos, y una vez resuelta la nulidad del fallo de segunda instancia, la Corte recalificará los hechos

tenidos por acreditados y, en su mérito, determinará una nueva tipicidad y condena.

En ese sentido, acorde a los hechos tenidos por acreditados y a lo que se reclama en casación, la encausada debe responder como autora penalmente responsable de un delito de hurto (artículo 340 del CP).

No obstante lo cual, el hurto perpetrado en el caso de marras, es especialmente agravado conforme lo explicita el artículo 341 Numeral 6° del Código Penal. Dicha norma dispone: "*Circunstancias agravantes*) - *La pena será de doce meses de prisión a ocho años de penitenciaría cuando concurren las siguientes agravantes (...)* 6. *Si el delito se cometiera sobre cosas existentes en establecimientos públicos o que se hallaren bajo secuestro o expuestas al público, por la necesidad o costumbre o destinadas al servicio público, o de utilidad, defensa, reverencia o benefi-cencia públicas*".

Sobre tal agravante expresa Cairoli, "*cosas existentes en establecimientos públicos son los objetos que están en todo lugar destinado a fines de servicio público, sea este de educación, asilo, alojamiento, salud o desarrollo de alguna actividad comercial o industrial, incluso puede tratarse de un lugar privado pero destinado a servicio*

público, como los que prestan las compañías privadas de transporte colectivo urbano de Montevideo. La ley no exige que las cosas estén en custodia en dichos establecimientos, sino que basta con que estén allí y nada más, por los motivos que sean. Por ello integra la agravante el hurto que se comete sobre cosas pertenecientes a los empleados de esos establecimientos, no en cambio a las que pertenecen a las personas que se encuentren casualmente allí, porque la protección penal no puede haber ido tan lejos” (Cfme. CAIROLI, M., “Derecho Penal Uruguayo”, Tomo III, Volumen 3 - Volumen 4, La Ley Uruguay, pág. 660).

El maestro Irureta Goyena a su vez, en su obra sobre el delito de hurto, ejemplifica que “*el que se apodera, por ejemplo, de objetos que se hallen en el depósito de la Usina Eléctrica de Montevideo comete un hurto agravado, no obstante ser esta institución una verdadera empresa industrial destinada a aumentar los recursos del Estado” (Cfme. IRURETA GOYENA, J.; “Conferencias Orales, El delito de hurto”, La Ley Uruguay, 2012, pág. 91).*

Por su parte, respecto al concepto de beneficencia pública, Cairoli expresa que “*son las cosas destinadas a la ayuda y asistencia gratuita que se presta a parte de la población, como ocurre con el dinero y objetos de fundaciones,*

asociaciones benéficas, de ayuda, etc. La mayor protección se justificaría por la naturaleza del destino de esos objetos que es el de cumplir con una tarea eminentemente social" (Cfme. CAIROLI, Ob. Cit., pág. 664).

Efectuado el encuadre teórico que antecede y teniendo presente el caso concreto, puede observarse con suma claridad que los bienes sustraídos se encontraban en un establecimiento público (Estadio "Raúl Goyenola" perteneciente a la Intendencia de Tacuarembó) y que los mismos estaban destinados a la beneficencia pública, lo que conlleva a que la conducta imputada a Coore sea agravada por claro mandato legal.

A su vez, como circunstancia agravante genérica corresponde relevar el "abuso de confianza" y el "carácter público del agente" (artículo 47 numerales 7° y 8° CP).

Por su parte, como atenuante se releva la primariedad absoluta (artículo 46 numeral 7° CP).

En base a ello, y valorando los elementos establecidos en el artículo 86 del Código Penal, la Corte estima que la pena a recaer a la imputada debe ser de doce meses de prisión efectiva, con descuento de la medida cautelar cumplida.

V.- Aclarado lo anterior, se pasará a analizar el agravio que guarda relación con que el Tribunal no otorgó -en lo atinente a la forma de cumplimiento de la pena- que la misma sea bajo el régimen de libertad vigilada.

A juicio de la Corte, el agravio es de total y franco rechazo. En efecto, con anterioridad al dictado de la sentencia de primer grado, la condenada no solicitó ampararse en el beneficio legal; esa circunstancia determinó que el "A Quo" no emitiera resolución al respecto, puesto que no existió pedimento de parte (el artículo 6 de la Ley No. 19.831 previene que "*la libertad vigilada procederá en todos los casos a solicitud de parte*"). De esa forma, al no existir en ese punto pronunciamiento en primera instancia, la encausada tampoco tenía agravio para proponer en la apelación (aunque de todos modos lo planteó).

Es por ello que el Tribunal, con toda razón, resolvió: "*al no haberse planteado en la anterior instancia, escapa de la esfera de consideración de este Tribunal de alzada (art. 257.2 C.G.P. por remisión del art. 366 NCPP)*" (fs. 575 vto.).

Con lo cual, si carecía de agravio en alzada, tampoco lo puede tener ahora en casación.

Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, el reproche tampoco puede prosperar desde el propio momento que no existió infracción al régimen previsto en la Ley No. 19.831. En efecto, la ley dispone que "se podrá" y tal extremo es una facultad de los órganos de mérito. Por el contrario, no se consagró un poder-deber del Juez.

En efecto, la norma establecía que el Juez "podrá". Esto significa que el Juez se encontraba subsumido jurídicamente en una situación jurídica de facultad. Esta situación jurídica ha sido magistralmente definida por el Prof. Barrios de Angelis como una "*forma de la libertad de optar entre dos, o más, actitudes lícitas*" (Cfme. "Las situaciones jurídicas", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal No. 1/1998, pág. 36).

Por lo tanto, a la luz de tales apreciaciones no era un deber del Juez la concesión de tal beneficio durante la vigencia de la norma.

En definitiva, la desestimatoria del agravio se impone.

VI.- Por último, se cuestionó el "quantum" de la pena (fs. 585 vto.-587).

La Corte desestimaré dicho agravio, pues carece de objeto dado que se recalificó la

conducta de la imputada y, en el presente, se la condena al mínimo legal.

VII.- Por último, corresponde remitir estos autos en forma urgente al "Ad Quem" a los efectos de que remita al "A Quo" las presentes actuaciones y proceda (dado que la cautelar cumplida es inferior a la pena dispuesta) a librar orden de detención en obrados, debiéndose notificar el presente pronunciamiento y efectuar la liquidación del saldo pendiente.

VIII.- No hay mérito para imponer especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, y en atención a lo establecido en los artículos 368 y concordantes del Nuevo Código del Proceso Penal, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

ACÓGESE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO POR LA DEFENSA DE AUTOS Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA ABSOLVIENDO A LA IMPUTADA DEL DELITO DE PECULADO POR EL CUAL SE LA CONDENÓ.

ASIMISMO, EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 277 CGP (APLICABLE EN VIRTUD DE LA REMISIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 369.3), SE CONDENA EN ESTE ESTADO A AA COMO AUTORA PENALMENTE RESPONSABLE DE UN DELITO DE HURTO ESPECIALMENTE AGRAVADO (ARTÍCULO 341

NUMERAL 6° DEL CP) A LA PENA DE DOCE MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, CON DESCUENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CUMPLIDAS.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

NOTIFIQUESE AL SEÑOR FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN.

CORRÍJASE LA FOLIATURA CONFORME FUERE INDICADO EN LA PRESENTE SENTENCIA (VÉANSE FOJAS QUE OCUPAN EL TRASLADO DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA FISCALÍA ACTUANTE).

MODIFIQUESE LA CARÁTULA EN VIRTUD DEL CAMBIO DE IMPUTACIÓN.

OPORTUNAMENTE, PUBLÍQUESE.

ATENTO A QUE LA ENCAUSADA SE ENCUENTRA EN LIBERTAD, REMÍTANSE LOS AUTOS AL "AD QUEM" CON CARGO DE SU INMEDIATA DEVOLUCIÓN AL JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA A LOS EFECTOS DE LIBRAR ORDEN DE DETENCIÓN RESPECTO DE AA A FIN DE PROCEDER AL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA RECAÍDA, URGIÉNDOSE. CUMPLA EL "A QUO" EN FORMA INMEDIATA CON LIQUIDAR LA PENA A LOS EFECTOS DE TENER PRESENTE EL SALDO QUE RESTA CUMPLIR.

ASIMISMO, COMÉTESE AL SR. JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA LAS NOTIFICACIONES A LA FISCALÍA ACTUANTE, A LA DEFENSA DE AUTOS EN EL DOMICILIO CONSTITUIDO Y A LA CONDENADA, DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO

116.3 DEL CPP.

CUMPLA EL "A QUO" CON EFECTUAR
LAS COMUNICACIONES DE ESTILO, PUES VARIÓ EL DELITO POR
EL CUAL SE CONDENÓ A LA ENCAUSADA.

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA