

General Roca, de diciembre de 2013.

Y VISTOS: Estos autos caratulados “**MASSACCESI, Horacio y otros s/ delito c/ la Administración Pública**” (Expte. N° **FGR 72000-081-año 1996** del registro de la Secretaría Penal de este Tribunal, originarios del Juzgado Federal de General Roca) y;

CONSIDERANDO:

Mediante sentencia pronunciada el 4 de mayo de 2005, cuyo ejemplar corre agregado a fojas 2787/2808, la entonces titular del Juzgado Federal de Primera Instancia de esta ciudad, falló condenando a Horacio MASSACCESI, Raúl Alfredo DI NARDO, Fernando Gustavo CHIRONI, Ricardo Jorge SARANDRÍA y Roberto RAPAZZO CESIO como autores del delito de malversación de caudales públicos en la modalidad de peculado, imponiéndoles las penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN al primero nombrado, DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN al segundo y DOS AÑOS DE PRISIÓN a los restantes inculcados, especie de pena cuya ejecución estableció en forma condicional (art.26, CP) en todos los supuestos.

La sentenciante de grado aplicó, asimismo, pena de inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales del art.12 del Código Penal e impuso las costas del proceso a los encartados.

Contra dicho pronunciamiento, dedujeron recurso de apelación los letrados defensores de la totalidad de los inculcados, haciendo lo propio el representante de la acusación pública a fojas 2808vta..

La totalidad de los recursos fueron concedidos libremente por la a quo a fojas 2819, elevándose en consecuencia la totalidad de las actuaciones a este Tribunal de Alzada.

DE LO ACTUADO EN SEGUNDA INSTANCIA.

A) DESISTIMIENTO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL:

De conformidad al contenido del memorial que se aprecia agregado a fojas 2828/2830vta. de estas actuaciones principales, el Ministerio Fiscal representado en la instancia por el señor Fiscal General doctor Mario Sabas HERRERA desistió fundadamente del recurso interpuesto por su inferior jerárquico.

Para así hacerlo, el señor Fiscal General consignó que aún cuando los montos de las penalidades impuestas por la jueza de grado resultaban ser inferiores a la pretensión expresada por el Fiscal de primera instancia, correspondía considerar que la posición del Ministerio Fiscal tenía adecuado correlato en la pieza sentencial y que a ello no obstaba la diferencia no sustancial en el monto de la dosis punitiva aplicada por el juzgador originario. Consideró que el desistimiento anunciado encontraba respaldo normativo en las disposiciones de los artículos 521 y 118 inc. 6º del CPMP que ha regido el trámite en el aspecto formal.

Que, adelantamos, la postura del señor Fiscal General merecerá favorable respuesta, por cuanto se trata del regular ejercicio de una potestad dispositiva toda vez que se han ofrecido argumentos plausibles para ello.

B) LOS AGRAVIOS DEFENSISTAS.

Por razones de buen método, los agravios ofrecidos por los señores defensores serán reseñados de modo agrupado por cuestiones, por advertirse identidad sustancial en varios de ellos, a efectos de abordarlos dentro de tales parámetros.

Queda expresa constancia que la defensa técnica de Ricardo Jorge SARANDRÍA no ha ofrecido agravios en la instancia, correspondiendo por ello declarar desierto el recurso a su respecto.

B.1. GARANTÍA DE JUZGAMIENTO EN PLAZO RAZONABLE. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

B.1.1. Las postulaciones de las defensas.

El instituto de la prescripción de la acción penal fue introducido por los asistentes letrados de Roberto RPAZZO CESIO en ocasión de fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia de condena (v. memorial de fojas 2839/2847).

Se invocó, expresamente, la reforma introducida al artículo 67 del Código Penal de la Nación, por vía de la ley 25.990 (B.O. 11/01/2005), por considerarla ley penal más benigna, de aplicación retroactiva en el caso, por imperio del principio contenido en el artículo 2 del Código Penal de la Nación.

Luego de pasar revista a las razones por las cuales el instituto de la prescripción está comprendido en el concepto de ley penal en sentido material, indicó que la prescripción había operado en relación a RAPAZZO CESIO en razón de que fue convocado a prestar declaración indagatoria el 11 de octubre de 1991, mientras que la acusación fiscal se presentó el 31 de octubre de 2002, habiendo entonces transcurrido el plazo de 10 años que surgía de la aplicación armónica de lo dispuesto en los artículos 62 inc.2 y 260 (rectius, 261) del Código Penal.

Agregó la defensa que RAPAZZO CESIO estuvo siempre a derecho y no contribuyó de ningún modo a la prolongación irrazonable del proceso.

El artículo también fue introducido por la defensa técnica de Raúl A. DI NARDO y Fernando G. CHIRONI, como uno de los cuestionamientos genéricos a la sentencia de grado (v. memorial de fojas 2869/2877vta., acápite 2, núm. 5). Se adujo entonces, que dicho extremo había sido circunstanciadamente postulado en ocasión del alegato y que la respuesta de la jueza de grado en la sentencia resultaba superficial y dogmática.

Con posterioridad, esta defensa profundizó el agravio mediante la promoción de incidencia de extinción del proceso por insubsistencia de la acción penal que corre por cuerda y que fue debidamente sustanciado requiriéndose opinión del representante de la Fiscalía General.

El letrado defensor doctor CORTES reseñó los “hitos del proceso”, consignando en esa faena que el hecho objeto de persecución penal se produjo el 5 de junio de 1991 “hace exactamente 21 años y 8 meses”. Agregó que la declaración indagatoria de Raúl DI NARDO fue recibida el 13 de diciembre de 1993 y que tal acto procesal respecto de Fernando Gustavo CHIRONI se efectivizó el 1 de agosto de 1995. Que en 1993 se dictó la prisión preventiva de DI NARDO y en 1995 la de CHIRONI. Que pasaron 11 años hasta que se produjo la acusación fiscal, acto cumplido el 31 de octubre de 2002 y que la sentencia condenatoria de primera instancia se dictó en Mayo de 2005. Agregó que la incidencia de recusación de los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones fue decidida en última instancia por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación el 17 de octubre de 2007 y que ello motivó la resolución dictada el 22 de diciembre de 2012, mediante la cual la Cámara Federal

de Apelaciones integrada por los suscriptos conjuces hizo lugar al planteo de apartamiento, quedando entonces constituido el Tribunal revisor.

Postuló que en nuestro país la garantía al juzgamiento en plazo razonable había sido acogida pretorianamente -como manifestación del derecho de defensa en juicio- por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los precedentes “MATTEI” y “MOZATTI”, consolidándose con una sucesión de fallos en idéntico sentido, a los cuales hizo expresa referencia. Aseveró que la garantía invocada cuenta, asimismo, con expresa recepción constitucional a partir de la reforma constitucional operada en 1994 (art.75, inc.22 CN, conc. arts. 7.5 y 8.1 CADH y 14.3.c} del PIDCyP).

Recordó que de acuerdo a la línea doctrinaria establecida sobre el punto por la Excma. Corte Suprema de Justicia, los parámetros que permiten determinar la violación de la garantía son: a) la complejidad del caso, b) la conducta del imputado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Al abordar cada uno de los baremos enunciados, afirmó que aún cuando pudiera considerarse el de autos un caso complejo por la función pública que desempeñaban los imputados y por el número de participantes, *“nada justifica que un proceso penal pueda durar 22 años y, lo que es más grave, pueda durar aún unos cuantos años más de proseguirse con el mismo...”* (fs.sub/4 del incidente). Agregó que el prolongado proceso no guarda relación de proporcionalidad con la condena pronunciada en primera instancia, ni siquiera con el tiempo insumido luego en orden a la revisión de competencia de esta Cámara Federal.

Precisó que los inculpados no han evidenciado conducta dilatoria ni entorpecedora del procedimiento, sin perjuicio de las “restricciones objetivas que en algún momento pesaban sobre ellos en su condición de funcionarios públicos protegidos por fueros constitucionales...”.

Sostuvo, en definitiva, que la excesiva duración del proceso resultaba de la injustificada morosidad jurisdiccional y que la prescripción de la acción y el consecuente sobreseimiento de los inculpados resultaba ser la solución para sanear la lesión constitucional invocada.

B.1.2. La postura del representante de la vindicta pública.

Que la tesis de las defensas sobre el artículo, fue abordada por el señor Fiscal General en su fundado dictamen obrante a fojas sub-11/18 del incidente que corre por cuerda.

Allí, el doctor HERRERA coincidió sustancialmente con el carácter constitucional de la garantía invocada, pasando revista a las disposiciones del Derecho Internacional incorporado a nuestra Constitución Nacional que así lo establece.

Adelantó, sin embargo, que los parámetros invocados al deducirse la excepción deben medirse sin soslayar que *“...la duración del plazo razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que no puede traducirse en un número de días, meses o años...”* (se citó CSJN, “BARRA, Roberto E.T.”, sent. 9 de marzo de 2004, entre otros).

Abordó inmediatamente (apartado IV “Antecedentes de la causa”) un exhaustivo y pormenorizado detalle de las vicisitudes del proceso que estimó relevantes en orden a su posición sobre el tópico, contraria a la pretensión defensiva.

Indicó entonces –expuesto aquí en prieta síntesis- que:

- a) el hecho objeto del proceso, ocurrido el 5 de julio de 1991, tuvo como partícipes al entonces Gobernador de la Provincia Horacio MASSACCESI, al Ministro de Economía y Hacienda Raúl DI NARDO, al Ministro de Gobierno Fernando CHIRONI, al Director Ejecutivo del Banco de la Provincia de Río Negro Roberto Víctor RAPAZZO CESIO y al Ministro de Salud Pública Ricardo SARANDRÍA;
- b) que la convocatoria de los inculpados a prestar declaración indagatoria sufrió postergaciones, derivadas de los recursos presentados por los defensores con base en la existencia de inmunidades funcionales. Indicó que en el caso de MASSACCESI –quien se desempeñó como Gobernador de la Provincia en ocasión del hecho objeto del proceso, prolongándose tal condición hasta el 9 de Diciembre de 1995, resultando ya para entonces electo Senador de la Nación- la jueza de sección requirió en sendas ocasiones su desafuero al Honorable Congreso Federal, sin obtener respuesta. Consignó que ínterin, el entonces Senador en ejercicio declinó sus fueros e inmunidades al sólo efecto de prestar declaración indagatoria, cumpliéndose dicho acto procesal a fojas 1220/1225.

- c) Que la situación procesal de MASSACCESI, SARANDRÍA y CHIRONI fue resuelta mediante el dictado de auto de prisión preventiva del 7 de mayo de 1996, decisión que fue motivo de recurso ordinario de apelación ante la Excma. Cámara Federal de la sede cuya decisión confirmatoria fue objeto de recurso extraordinario federal y luego, ante su rechazo, de recurso de queja por ante la Excma. Corte Suprema de Justicia. Agregó que el más Alto Tribunal revocó la “prisión preventiva” por interpretar que tal medida coercitiva requería necesariamente de la previa suspensión de los fueros parlamentarios del entonces Senador.
- d) Que el pedido de desafuero de MASSACCESI fue denegado por el Senado de la Nación (fs.1668) y que lo propio ocurrió con la Legislatura de Río Negro, que rechazó a fojas 1806 el pedido de Juicio Político formulado por la Jueza Federal de Sección respecto del entonces Gobernador de la Provincia, Pablo VERANI, quien resultaba coimputado en la causa;
- e) Que la Jueza de Sección pretendió avanzar con el proceso dictando la prisión preventiva de MASSACCESI, ya vigente la Ley de Fueros N° 25.320 (B.O. 13/9/2000), decisión que fue recurrida por la defensa en sendas ocasiones, mereciendo en ambas favorable respuesta de la Cámara Federal de Apelaciones (cfr. fs.1851/1854, 1994/1997 y 2085/2088), en el último supuesto por interpretar el Tribunal de Alzada que la nueva ley de fueros no admitía el dictado de la “prisión preventiva” reglada en la ley 2372 (CPMC) que rige el proceso;
- f) Que en ocasión del segundo de los pronunciamientos respecto de MASSACCESI, fechado el 12 de junio de 2001, la Jueza promovió nuevamente el juicio político del entonces Gobernador Pablo VERANI y del entonces miembro del Tribunal de Cuentas de la Provincia Pedro CASARIEGO, recibiendo nuevo rechazo de la Legislatura de Río Negro;
- g) Que luego del rechazo, en ambas instancias ordinarias, de la recusación de la jueza de sección Dra. GARCÍA –simultáneamente denunciada por MASSACCESI por ante el Consejo de la Magistratura de la Nación- se decretó la prisión preventiva del nombrado, que recurrida por su defensa fue confirmada por la Cámara Federal a

fojas 2222/2228, intentándose asimismo Recurso Extraordinario Federal, rechazado a fojas 2255/2257;

- h) Que entonces, el 16 de septiembre de 2002 se dispuso la clausura del sumario respecto de DI NARDO, CHIRONI, RAPAZZO CESIO, SARANDRÍA y MASSACCESI, confiriéndose vista a la Fiscalía, que formuló la pertinente acusación;
- i) Que en la etapa plenaria (Ley 2372 y sus modificatorias), se produjo la prueba ofrecida por las partes y se suscitaron incidencias recursivas que merecieron la intervención de la Cámara Federal de Apelaciones, que se pronunció a fojas 2743;
- j) Que culminada la producción de las pruebas ofrecidas y aceptadas, se pronunció el fallo definitivo de primera instancia a fojas 2787/2808;
- k) Que las apelaciones interpuestas por los asistentes técnicos de varios de los inculcados contra la sentencia de condena incluyeron la recusación de los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones, extremo que generó nuevas incidencias, zanjadas por resolución de la Excma. Corte Suprema de Justicia dictada el 17 de octubre de 2007. Entonces, el Alto Tribunal aplicó la doctrina elaborada a partir de “LLERENA”, en cuyo mérito dispuso el reenvío para que en la instancia se decidiera el artículo, lo que ocurrió mediante pronunciamiento dictado por este Tribunal integrado por Conjueces, el 26 de diciembre de 2012.

B.1.3. Posición del Tribunal.

Que, en opinión de este colegiado, el pormenorizado responde del representante del Ministerio Público Fiscal en la instancia, que se acaba de resumir precedentemente, contiene indicadores concretos y circunstanciados para dar fundamento suficiente a la denegatoria de la pretensión defensiva analizada en este segmento.

Así lo vemos porque la secuencia que se acaba de sintetizar indica que la recta interpretación de la garantía invocada, con específica aplicación a las circunstancias del caso, no permite una solución desincriminante como la pretendida por las defensas ya que no se advierte la presencia de la pretendida lesión constitucional.

Ello así, por varias razones.

La primera, porque más allá de los aciertos o desaciertos que la dirección del proceso pudiera exhibir, particularmente en la etapa instructora, no es posible afirmar sin caer en flagrante arbitrariedad, que las autoridades encargadas de la persecución penal pública –vgr. Ministerio Público Fiscal y Jueza de sección- hayan evidenciado incuria o desapego en lo atinente al impulso de la acción penal a efectos de la dilucidación definitiva de la controversia. Todo lo contrario.

Nótese que, en el particular caso de Horacio MASSACCESI, contó con fueros e inmunidades derivadas de su condición de funcionario público (Gobernador primero y Senador Nacional más tarde, sin solución de continuidad) que impidieron su pleno sometimiento al proceso en función de las inmunidades propias de tales altas investiduras, hasta las postrimerías del año 2001. Esto es, los 10 primeros años del procedimiento penal se vieron enmarañados en cuestiones de procedibilidad que impedían el pleno ejercicio del poder jurisdiccional a su respecto. Lo propio ocurrió, como se advirtió antes de ahora y aunque por menor lapso de tiempo, con otros coimputados.

El caso, que no exhibe gran complejidad desde el punto de vista fáctico, presenta sí relativa complejidad en lo atinente a su encuadre jurídico, como se verá más adelante. Por lo pronto, no puede soslayarse la atingencia de normas de derecho público provincial y federal que concurren frente a un supuesto que no reconoce precedentes jurisprudenciales en el ámbito nacional ni –al menos de nuestro conocimiento- en el derecho internacional público.

Se trata –en definitiva- de un inédito episodio que involucró las arcas del Estado Federal, cuyos protagonistas resultaban ser a la sazón las máximas autoridades del Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro, extremo que denota lo delicado de las cuestiones institucionales en juego.

Finalmente, cabe apreciar la decidida y laboriosa participación de algunas de las defensas técnicas, que han bregado eficazmente por el respeto de las garantías constitucionales de sus asistidos. Así, se recorrieron todas las instancias admitidas por el ordenamiento rituario nacional, hasta obtener pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en lo tocante a la incidencia de las inmunidades derivadas de altos cargos públicos y en lo atinente a la garantía de imparcialidad del juzgador.

Sin perjuicio de ello, no puede dejar de observarse objetivamente que tales incidencias han consumido buena parte del trámite del proceso y que, particularmente el aseguramiento de la última de las garantías aludidas, constituye directa derivación de la opción de los inculpados a través de sus defensores –bien que legítima, por cierto- de que este proceso tramitase hasta su finalización según el rancio régimen procesal regido por la Ley 2372 “Código de Procedimientos en lo Criminal de la Nación”, sancionada el 4 de octubre de 1888.

En efecto, tal como lo previó la ley 24.050 de implementación del proceso penal mixto reglado por la ley 23.984, los inculpados tuvieron la concreta oportunidad de optar que el procedimiento se rigiera por el entonces nuevo ordenamiento.

Sin embargo, la elección se realizó en el sentido de la aplicación del decimonónico proceso escriturario de la Ley 2372, que ha regido entonces la totalidad del trámite -reiteramos- por constituir la libre opción de los sujetos pasivos del proceso.

Una mirada en perspectiva deviene inexcusable entonces y así, cabe reflexionar que si colocados frente a la posibilidad de escoger entre uno y otro regímenes procesales disponibles en la transición, los acusados optaron por el rito que el fuero federal tardíamente abandonaba para avanzar hacia un formato más ágil y flexible, dotado de publicidad y contradicción plenas, al menos en la etapa de juzgamiento¹, parece razonable concluir que la objetivamente prolongada y disfuncional duración de este proceso no resulta ser un extremo por completo extraño al ámbito de competencia decisional de los encausados.

Piénsese, en el orden de ideas que se viene expresando, que las incidencias vinculadas a la garantía de imparcialidad de los juzgadores en ambas instancias ordinarias del rito, que los señores defensores férrea y legítimamente postularon a la luz de las disposiciones que comenzaron a regir en 1992 y luego ya con rango supraconstitucional, en 1994, son entera y previsiblemente tributarias de la aplicación de un régimen procesal de otra centuria.

Es así que el pleno aseguramiento de la garantía de imparcialidad del órgano revisor en la doble instancia ordinaria no ha resultado de fácil implementación en este

¹ No se defiende aquí, bueno es aclararlo, el “sistema” reglado por la ley 23.984. Pues su estructura ha sido considerada hace ya varios años, de difícil convivencia con el modelo acusatorio propugnado en la Carta Magna Federal. Así lo ha considerado sin ambages la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en varias ocasiones (vgr. “QUIROGA” (FALLOS: 327:5863). De modo que si el régimen procesal aún vigente, instaurado por Ley 23.984 merece serias objeciones desde el punto de vista constitucional, parece baladí repasar aquí el cúmulo de incompatibilidades que en ese central aspecto merecería el anterior sistema escriturario, oscurantista, formulario, que ha regido este proceso.

proceso, por la sencilla razón de que el fuero federal cuenta como Tribunal de Alzada de la totalidad de los Juzgados de Sección emplazados en las Provincias de Río Negro y Neuquén, a esta Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, con la mínima composición de tres magistrados. Luego, hallándose impedidos los jueces naturales de intervenir en la revisión de la sentencia de grado, en virtud de su actuación previa en la etapa de instrucción, el régimen de subrogancias aplicable impuso acudir a la lista de conjueces, extremo éste que generó diversas excusaciones, que concluyeron con la desinsaculación de quienes suscriben la presente, convidados a ejercer una relevante función jurisdiccional *ad hoc*, en forma simultánea a nuestras obligaciones derivadas del ejercicio de la profesión liberal.

En definitiva, lo hasta aquí expuesto no tiene por finalidad enarbolar la tesis de que este proceso no pudo o no debió finalizar con antelación, al menos en ambas instancias ordinarias. Se trata, sí, de ofrecer un enfoque de adecuada profundidad, con precisa indicación de las circunstancias y situaciones consideradas relevantes del procedimiento, en orden a examinar con la indispensable prudencia si realmente la objetiva e inusual prolongación de este proceso llena los parámetros jurisprudencialmente elaborados para determinar la presencia de una injustificada lesión de la garantía de juzgamiento en plazo razonable.

Nuestra conclusión, por las razones ya brindadas, es que no se presentan en el caso las condiciones que justifican el renunciamiento a la potestad punitiva del Estado, en aras de la protección de la enunciada garantía ciudadana.

B.1.4. Suspensión de la prescripción e inconstitucionalidad del art.67, párrafo 2º, del C.P.

El artículo fue introducido por la defensa técnica de RAPAZZO CESIO, al tachar de inconstitucional la disposición del art.67, párrafo 2º, C.P., que establece “...*La prescripción también se suspende en los casos de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentra desempeñando un cargo público*”.

Al respecto, el letrado reflexionó que “...*no es justo que éste imputado vea interrumpida la prescripción porque otras personas han desempeñado y desempeñan*

distintos cargos públicos; entiendo que no, no es justo, el inconstitucional párrafo que vulnera la igualdad ante la ley, y la C.N., claramente castiga a quien siempre (h)a tenido una actitud de colaboración con el proceso, quien sostuvo una conducta procesal intachable, quien esperó CATORCE AÑOS confiando en un pronunciamiento judicial que resuelva su situación para continuar ejerciendo la profesión libremente...” (cfr. fs.2847, 1º párrafo).

Entendemos que el señor defensor ha abordado sin la debida profundidad el planteo de inconstitucionalidad, que por ello debe ser rechazado.

Sabido es que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye un acto institucional sumamente delicado, de modo que quien así lo postula corre con la carga de demostrar con argumentos suficientes la concurrencia de tal extremo en el caso concreto. Ello no surge así del memorial cuya parte pertinente se ha transcripto.

Una objeción liminar que el planteo no asume con la necesaria profundidad, indica que la tacha por violación al principio recogido en el artículo 16 de la Constitución Nacional debe observar inexcusablemente la relación de alteridad que es consustancial a sus contornos jurídicos sustanciales.

Esa indispensable labor de contrastación jurídica del caso con otros esencialmente asimilables en el contexto jurídico vigente, no ha sido asumida por el letrado defensor, constituyéndose tal déficit argumental en un vallado insuperable para la procedencia de la tacha intentada. Es que, así presentado, el razonamiento luce incompleto y por ende, merece ser rechazado.

B.2 ACERCA DEL CARÁCTER JUDICIALE DEL DECRETO LEY 2/91.

Cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales han resultado zigzageantes en torno a la definición y alcances de las denominadas *cuestiones políticas no judiciales o no justiciables*.

El tópico ha merecido un tratamiento de mayor claridad conceptual en el último tiempo, de modo que para evitar largos devaneos que excederían indefectiblemente el objeto de la presente, estamos en condiciones de afirmar que por vía de principio, todo acto de

los poderes públicos está expuesto al escrutinio jurisdiccional, en presencia de un concreto caso o controversia, para cuya dilucidación resulte pertinente abordar si determinado órgano ha obrado o no dentro de su órbita de competencia reglada.

Naturalmente, un proceso penal no tiene por objeto determinar la validez o invalidez de determinado acto de los poderes públicos –pues ello está claramente reservado a otra rama jurisdiccional- sino determinar si tal actuación constituye o no el legítimo uso de las atribuciones conferidas a su emisor y en función de ello, si tal acto conlleva una significación jurídico penal o no.

De modo que desde la óptica señalada, resultan inadmisibles los argumentos defensistas que afirmaron que el Decreto Ley 2/91 no es susceptible de ser examinado en esta sede, por cuanto no resultó invalidado o anulado por autoridad competente, sino que mereció simplemente una derogación con efectos a futuro. Insistimos, no cabe en este proceso analizar el devenir de esa norma en cuanto a su validez formal, sino simplemente si por su contenido, puede catalogarse de un acto de imperio insusceptible de revisión jurisdiccional.

En relación al punto, resultan plenamente aplicables, *mutatis mutandi* los conceptos vertidos por la Excma. Corte Suprema de Justicia en fecha relativamente reciente “...como se ha recordado en Fallos 321:3236 (disidencia de los jueces Fayt y Bossert, considerando 6º y disidencia del juez Petracchi, considerando 3), ‘planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por la Corte, ya desde 1864, en cuanto a que ella ‘es el intérprete final de la Constitución’ (Fallos: 1.340) {...} Esto es así, pues la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 137:47, entre otros), y es del resorte de esta Corte juzgar ‘la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes’ (Fallos:210:1095) y ‘la

excedencia de las atribuciones' en la que éstos puedan incurrir (Fallos: 254:43)...” (CSJN, “BINOTTI”, se. 15/5/2007, Fallos: 330:2222).

Tal como lo sostiene Farah *“...Siempre se controlará, al menos, que la Administración no haya transgredido los límites jurídicos que toda actividad administrativa tiene, incluso la ejercida en uso de facultades discrecionales: si los hechos existen, si fundan en forma suficiente y adecuada el acto, si la facultad de apreciarlos ha sido legítima y razonablemente ejercida, si no se ha actuado con una finalidad impropia o no prevista por la ley o en forma desproporcionada, si la potestad fue utilizada con buena fe, si la conducta administrativa no entra en contradicción con su anterior conducta o si no ha mediado una falta al deber de coherencia del comportamiento, si el procedimiento seguido para adoptar la decisión era el contemplado por la norma, etc. ...”* (Conf. Mario Rejtman Farah, "Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa", pág. 47, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.000).-

Lo contrario, enseña Jorge Vanossi, equivaldría a admitir el supuesto de un margen de actividad estatal que permanecería fuera del ámbito de control judicial; o sea, que la actividad del Estado se traduciría en actos de dos naturalezas diferentes: unos, que estarían comprendidos dentro del régimen de supremacía que consagra el artículo 31; y otros, llamados "discrecionales" o "privativos", amparados por una presunción de constitucionalidad que, en definitiva, se derivarían hacia la admisión de un complejo normativo paralelo e igual a la misma Constitución formal. (Vanossi, J.R.A., Teoría Constitucional, Supremacía y Control de Constitucionalidad, Tomo II, p. 157, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.976).

El interrogante a despejar en la instancia resulta, entonces, si el doctor MASSACCESI –a la sazón Gobernador de la Provincia de Río Negro- y su gabinete de Ministros, podían legítimamente dictar una norma de la naturaleza del Decreto Ley 2/91.

La respuesta, adelantamos, es negativa. Ello así por cuanto uno de los presupuestos esenciales en orden a la legalidad de una norma como la aludida, es que sea dictada dentro de la esfera de competencia del órgano emisor.

Así las cosas, ¿puede sostenerse racionalmente que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro, representado por los inculpados, podía legislar en relación a fondos entonces pertenecientes al Estado Federal?. Consideramos, convencidamente, que no podía hacerlo, pues carecía de competencia para ello.

Se advierte una palmaria incompetencia material del entonces Gobernador. Piénsese que ni la Legislatura de la Provincia de Río Negro podía legítimamente legislar en relación a fondos pertenecientes al Estado Federal.

De modo que los órganos de gobierno constituidos de la Provincia carecían por entero de jurisdicción para dictar una norma con los alcances del referido Decreto Ley. Luego, a falta de jurisdicción, ninguna situación por extrema que fuese podría cohonestar una norma que claramente se levantaba contra el sistema federal de gobierno (cfr. arts. 1, 5, 6, 31, 121, 126, 128 y cctes. de la Constitución Nacional).

B.3. DE LOS AGRAVIOS EN RELACIÓN A LA TIPICIDAD

(art.261 del C.P.)

B.3.1. El tópico fue abordado con precisión y profundidad por la defensa técnica de CHIRONI y DI NARDO, ejercida por el doctor Alberto R. J. CORTES a fojas 2871/2874vta, acápite 3.1.

El señor defensor cuestionó enfáticamente dicho segmento de la sentencia de grado, sosteniendo que el tipo penal contenido en el artículo 261 del C.P. no resultaba aplicable al supuesto de autos, señalando que ello surgía de dos circunstancias fácticas y jurídicas indebidamente ponderadas por la jueza a quo.

Indicó, prestamente, que ni el entonces Gobernador de la Provincia MASSACCESI ni los Ministros –entre ellos, sus asistidos- ostentaban relación funcional que implicase facultades-deberes de administración, percepción o custodia con los fondos “apropiados”, a la sazón depositados en el Banco de la Provincia de Río Negro, sucursal General Roca, por cuenta y orden del Banco Central de la República Argentina. Se indicó, como segundo argumento de la atipicidad propiciada, que los fondos retirados en ocasión del hecho objeto del proceso, no habían salido de la esfera pública, pues fueron depositados en una cuenta oficial de la administración provincial.

Reseñaremos aquí el primero de los argumentos ofrecidos por el señor defensor, en tanto consideramos que dicho segmento de la pieza recursiva lleva razón, mientras que no ocurre lo propio con el restante, aunque ello merecerá las pertinentes reflexiones más adelante.

Explicó el doctor CORTES que, de acuerdo al Convenio celebrado entre el Banco Central de la República Argentina y el Banco de la Provincia de Río Negro el 29 de abril de 1991 (v. copia a fojas 61/63), la entidad nacional aludida designó a la institución provincial para actuar por cuenta y orden del B.C.R.A. en todo lo relativo al funcionamiento de un Tesoro Regional en la ciudad de General Roca (arts.1º y 7º del Convenio, que estableció además que los costos derivados de las necesidades funcionales y operativas, incluyendo el pago de los salarios a personal que el Banco local debía aportar, corrían por cuenta de la entidad monetaria federal).

Agregó que para entonces, el Banco de la Provincia de Río Negro era una entidad autárquica, creada por Ley N° 83, que contaba naturalmente con personería jurídica propia, su patrimonio era estatal, estaba provisto de bienes y recursos y capacidad de propia administración (art.66, ley cit.). Consignó que en razón de su condición jurídica, el Banco se regía por su propia Carta Orgánica, por las disposiciones fundamentales del Gobierno en materia de política económica y por la ley 21.526 de Entidades Financieras.

Consignó que el Banco de la Provincia contaba con su órgano de gobierno –Consejo de Administración- que desde la sanción de la Ley 1.300 de 1976 dejó de ser presidido por el Ministro de Economía de la Provincia y pasó a ser un tercero designado por el Poder Ejecutivo Provincial, en orden a acentuar la independencia institucional de la entidad.

B.3.2.

Que una atenta lectura de las normas con directa incidencia en el caso de autos indica que este argumento de la defensa resulta eficaz en orden a la ausencia de la indispensable relación funcional de administración, percepción o custodia de los bienes, exigida por el artículo 261 del Código Penal.

El sencillo y contundente razonamiento del señor defensor se impone sin rodeos: si el Banco de la Provincia de Río Negro era una entidad autárquica de derecho público según las normas de creación y funcionamiento, y si en uso de sus atribuciones propias legítimamente ejercidas formalizó un convenio con el B.C.R.A. para actuar por cuenta y orden de éste en todo lo atinente al funcionamiento de un Tesoro Regional en la sede del Banco local sita en General Roca, ninguna duda cabe que ni el entonces Gobernador de la

Provincia ni sus Ministros secretarios eran portadores de obligación funcional alguna en relación a los fondos y/o bienes de la Entidad Monetaria Federal.

En consecuencia, no resulta jurídicamente admisible atribuirles –como lo hizo la jueza *a quo*- la “administración, percepción o custodia” de los fondos cuya sustracción por parte de los inculpados –a la sazón, autoridades políticas de la Provincia- constituye el objeto del proceso.

También asiste razón al doctor CORTES en el sentido de que el tipo penal del artículo 261 del C.P. no admite la autoría mediata, por tratarse de un delito de propia mano. Por lo demás, en el mismo orden de ideas, se advierte que tal forma de autoría parece inaplicable al supuesto de autos, en razón de que los inculpados actuaron de modo directo y presencial en el momento consumativo del hecho.

B.3.3.

Ahora bien, la premisa que acaba de enunciarse no implica necesariamente la atipicidad plena o absoluta de la conducta evidenciada por la mayoría de los inculpados. En ese orden de ideas, adelantamos para evitar rodeos innecesarios, que en nuestra opinión, la plataforma fáctica contenida en los actos esenciales del proceso –vgr. promoción de la acción penal, indagatorias, procesamiento y acusación- admite sin lesionar el principio fundamental de congruencia, recalificar la conducta reprochada encuadrándola en la figura de robo contenida en el artículo 164 del Código Penal.

En efecto, si se repara en que el tipo penal aludido consiste en “apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia física en las personas”, ésta constituye una fiel descripción de las circunstancias jurídicamente relevantes del hecho reseñado en la sentencia apelada.

Cuadra advertir, de inmediato, que los recurrentes no han formulado cuestionamiento alguno en orden al modo de ocurrencia del episodio histórico sobre el que ha girado este proceso y que aparece suficientemente delineado en la sentencia apelada.

Concretamente, la intimación formulada a los inculpados en el acto de declaración indagatoria, hipótesis luego reiterada de modo sustancial en el auto de prisión preventiva (Ley 2372), en la acusación fiscal y en la sentencia de condena, reza: “...**haber**

participado –el día 5 de julio de 1991 en horas del mediodía- con el resto de los coimputados...**en la incautación de dinero** en una suma aproximada de A 166.000.000.000 **perteneciente (s) al Banco Central de la República Argentina**...que funciona en instalaciones de la sucursal local del Banco de la Provincia de Río Negro, que fueran cedidas al organismo central por el Banco Provincial.....”.

Cierto es que el término incautación² no resultaba ser el más adecuado para describir el hecho pues la conducta sometida a juzgamiento encuadraba de modo más directo y llano en los vocablos apropiación o sustracción.

Sin embargo, cabe advertir que el giro utilizado no ha impedido que los inculpados comprendieran cabalmente los extremos del episodio endilgado y ejercieran en función de ello su defensa material y técnica, la que entre otros aspectos ha asumido y respondido ulteriormente la utilización reiterada del término “sustracción” contenido en la figura del artículo 261 del C.P., como sinónimo de apoderamiento ilegítimo.

Luego, tal como surge del relato de la sentencia recurrida, la totalidad de los imputados brindó una versión completa del episodio enrostrado, bien que alegando circunstancias de justificación o inculpabilidad.

En relación al principio de congruencia, tiene dicho la Excma. Corte Suprema de Justicia que cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, **el hecho que se juzga** debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquél sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634), mientras que **la variación del enfoque jurídico del caso sólo provocaría agravio constitucional en tanto y en cuanto provoque el desbaratamiento de la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos** (Fallos: 319:2959, voto de los doctores Petracchi y Bossert, con cita de Fallos: 242:234, el destacado es agregado).

Que las nociones de “incautación” en el sentido de la apropiación de los fondos cuya posesión se reconocía entonces al Banco Central de la República Argentina, surge

² Apropiación por parte de la autoridad competente de un objeto, mercancía o bien propiedad de una persona (cfr. Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.).

claramente explicitado en las declaraciones indagatorias del entonces Ministro de Gobierno Doctor CHIRONI (cfr. reseña a fojas 2798 y vta/2799), haciendo lo propio el entonces Gobernador Doctor MASSACCESI (cfr. fs.2799/2801),

También aludieron CHIRONI y MASSACCESI en su descargo material, a la presencia plural de Ministros y Funcionarios en el lugar del hecho al momento de la “incautación” de los fondos, lo que incluyó al Jefe de Policía de la Provincia y al Jefe de la Unidad Regional Iida. Policía y personal dependiente. Al respecto, ambos afirmaron que tal convocatoria obedecía a la necesidad de custodiar los fondos desde su retiro hasta su disposición en dependencias del Banco de la Provincia de Río Negro, aunque CHIRONI dijo más. Explicó que al jefe de policía *“se le instruyó para que en su carácter de tal dispusiera los operativos de rigor para custodiar las sumas que se retirarían del Tesoro Regional...para ser llevadas a otras localidades. El segundo motivo...era porque la decisión del Gobierno Provincial tendría respuesta por parte del Gobierno Nacional...era absolutamente necesario que la policía de Río Negro estuviera en condiciones de garantizar la seguridad de las autoridades de la provincia...como la de su propio pueblo...”*.

Las manifestaciones del entonces Ministro de Gobierno, responsable político directo de la fuerza policial provincial, han resultado claras y por lo tanto eximen de mayores reflexiones: la presencia física de los integrantes del Poder Ejecutivo Provincial en la sede General Roca del Banco de la Provincia de Río Negro tuvo por finalidad asegurar la ejecución de lo que habían dispuesto en esa misma jornada, mediante decreto de naturaleza legislativa N° 2/91, aún contra la voluntad de los empleados del propio Banco Provincial que tenían la custodia de los fondos del BCRA, para lo cual al peso institucional que implicaba para tales empleados aquella presencia del Gabinete en pleno, se sumó la convocatoria de la fuerza policial provincial en una evidente muestra de la *vis compulsiva* como uno de los medios que caracteriza la figura del robo.

Mas aún: al reseñar el descargo del doctor MASSACCESI en su ampliación de indagatoria, la sentenciante (v.fs.2801) consignó *“...Señala que como los empleados del Tesoro eran empleados del Banco Provincia, para el caso de no acceder a la medida de entrega de caudales ‘los hubiese...relevado de la responsabilidad ya que el Banco de la Provincia está bajo la órbita del Ministerio de Economía por lo que se considera con*

facultades suficientes para relevarlos...’ haciendo luego mención a la participación que les correspondió a las fuerzas de seguridad y más concretamente al jefe de policía cuya presencia requirió en el operativo...’. (el destacado en negrita es agregado).

Es que, tal como lo señalan Carlos FONTAN BALESTRA y Guillermo LEDESMA en su “Tratado de Derecho Penal”, parte especial, T.II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 565 “...la caracterización del robo con fuerza en las cosas o violencia en las personas es de raigambre española. Señala PACHECO que el robo, técnicamente hablando, ha sido siempre el apoderamiento por fuerza de cosas muebles o semovientes, como el hurto ha sido el apoderamiento por astucia y a escondidas...” agregando luego que ésta ha sido la caracterización seguida por nuestro derecho.

Más adelante, en la página 579, los autores reconocen que “...no es fácil establecer, con carácter general, qué intensidad debe tener la violencia, ni parece que el criterio a tomar en cuenta deba ser el de la cantidad. Sólo importa poner de manifiesto que no es preciso que con ella se venza una resistencia predispuesta, es decir, opuesta especialmente al apoderamiento mismo...A diferencia de lo que ocurre con la fuerza en las cosas, no hay un modo natural o normal de quitar las cosas con violencia en las personas (véase MANZINI, Trattato, Vol. IX, p. 345...)”.

Resulta claro –al menos para quienes suscriben la presente- que la decisión de los empleados del Banco de la Provincia de Río Negro, circunstancialmente adscriptos al Tesoro Regional del B.C.R.A. obraron, al facilitar la entrega de los fondos que el Ejecutivo Provincial había ordenado retirar de las instalaciones de General Roca, con su voluntad viciada en razón de la alta investidura de los integrantes del Gabinete Provincial –de quienes, en definitiva, dependían en tanto empleados públicos locales- y por el importante despliegue de las fuerzas policiales del Estado Local.

En tal orden de ideas, en el plenario, a fojas 2718/2718vta.compareció **Carlos Roberto TOTTI**, ratificando cuanto había declarado en la etapa instructora a fojas 133/135. En lo que aquí interesa destacar, el testigo dijo que “...ese día estábamos trabajando...y llegó Verani, Sarandria y creo que el jefe de la Unidad Regional local de apellido Carrasco, a horas 14.15 aproximadamente, nos exigieron que le entregáramos el dinero, venían con un decreto para ello, nosotros le preguntamos a los policías de guardia el

porqué los dejaron pasar y nos dijeron que estaban subordinados a ellos...”. Agregó luego que “...El día viernes 5 (de Julio de 1991), no se sintieron coaccionados. Ellos iban a llamar al Banco Central antes de entregar el dinero pero su abogado...les aconsejó que lo hicieran por telefax informando, también les aconsejó entregar el dinero porque no tenían otro camino por seguir. Que esto era así por el decreto que les habían presentado y porque la guardia estaba subordinada a las autoridades provinciales....”.

Julio Ricardo PÁEZ (fs.2720/2720vta. y 126/132, 499vta./501) se expresó en términos similares.

Nelson Omar BONJOUR –(fs.2732/2732vta., 84/89 y 498/499vta.) también realizó parecido relato. Este testigo precisó a fojas 498 que “... *Por supuesto que fue mucha la sorpresa y grande el susto...*” al aludir a la inesperada presencia, en el edificio del Tesoro, del Vicegobernador, del Jefe de Regional de Policía y del Ministro de Salud en un primer momento, sumándose más tarde el Gobernador y el resto de los Ministros.

Cierto es que los nombrados, entonces empleados de planta del Banco de la Provincia de Río Negro, se preocuparon por aclarar que “no se sintieron coaccionados” y que no fueron maltratados, sin embargo, un examen objetivo y prudente del contexto en que quedaron envueltos indica a las claras que los nombrados no tuvieron posibilidad alguna de resistir la decisión adoptada por el Ejecutivo Provincial y que el abogado gremial les refirió que debían cumplir con la entrega del dinero requerido. Recuérdese que según la declaración de MASSACCESI, una eventual oposición de los empleados referidos hubiera implicado su inmediato relevamiento de la función, lo que constituye un elocuente indicador de la *vis compulsiva* ya enunciada, como uno de los medios comisivos del delito de robo previsto en el artículo 164 del C.P.-

Cabe consignar, para finalizar el acápite, que la modificación de la calificación legal atribuida a la conducta de los inculpados alcanzará, por estrictas razones de equidad y por aplicación del efecto extensivo de los recursos, al imputado Ricardo Jorge SARANDRÍA.

B.4 SOBRE EL ESTADO DE NECESIDAD.

La defensa de CHIRONI y DI NARDO cuestionó enfáticamente los argumentos utilizados por la sentenciante de grado para desechar la aludida causal de justificación.

En lo que interesa destacar, criticó que la *a quo* considerase que los inculpados contaban con otras alternativas institucionales –vgr. la vía jurisdiccional sumaria- para reclamar las acreencias Provinciales frente al Estado Federal. Consideró el letrado defensor que resultaba defectuoso el razonamiento de la *a quo*, en tanto reconocía la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, al tiempo que negaba la concurrencia de un verdadero estado de necesidad justificante.

Postuló que el reconocimiento de la condición de acreedora de la Provincia de Río Negro frente al Gobierno Federal y de la situación de apremio que soportaban las finanzas del Estado local debían ser evaluados con criterio necesariamente circunstancial, que no eludiera la ponderación del contexto a la época de los hechos.

Enumeró, en ese orden de ideas, las dificultades que entrañaba a la sazón, la hipotética utilización de la vía jurisdiccional. Así, refirió que a las cualidades –que estimó alejadas del buen manejo republicano- del entonces Presidente Menem y su Ministro de Economía Cavallo y a la escasa disposición para el ejercicio de su rol también republicano por parte de la Corte Suprema de entonces.

Agregó que la decisión del dictado del Decreto Ley 2/91 no surgió por generación espontánea, sino que “fue la última alternativa frente a una conducta ostensiblemente dilatoria de los funcionarios nacionales...”, reseñando inmediatamente con apoyo en los dichos del inculpado DI NARDO en su indagatoria, los procedimientos que estimó dilatorios de las autoridades dependientes del Ministerio de Economía de la Nación. Consideró que dichas circunstancias evidenciaban que resultaba impensable que la Provincia pudiera obtener en tiempo y forma, por vía de una medida cautelar, el reconocimiento de su derecho, lo que ocurrió dos años más tarde, al celebrarse un Convenio de compensación de deudas que arrojó un saldo “inmensamente favorable” para el Estado Provincial.

Reflexionó entonces “¿es válido comparar el estado de necesidad en que puede estar un habitante del territorio nacional frente a determinados supuestos, con el de un Gobierno de Provincia en pleno, que ejerció un acto de imperio y de autoridad frente al

avasallamiento al que era sometido, acto que contó con el aval del Vicegobernador por su representación legislativa y con el dictamen favorable del Fiscal de Estado de la Provincia en ejercicio del control de legalidad que le confiriera la constitución a estos efectos?....”.

Estimó, finalmente que la *a quo* exorbitó su potestad jurisdiccional al especular en orden a la posibilidad del Poder Ejecutivo Provincial de acudir a la vía jurisdiccional antes del dictado del Decreto Ley 2/91, sosteniendo que tal ponderación resulta ajena a las facultades del Poder Judicial, por tratarse de cuestiones atinentes al mérito y oportunidad de los actos de gobierno (se citó “BUSTOS, Alberto Roque y otros c/ ESTADO NACIONAL y otros s/ AMPARO”, E.D. 210-45).

Del tenor de los agravios enunciados surge, por cuestiones de buen método, la necesidad de evaluar prioritariamente el estatus jurídico del Decreto Ley 2/91. Esto es, el interrogante que debe abordarse de modo liminar es si las autoridades del Poder Ejecutivo de Río Negro –sometidos a proceso- podían, haciendo abstracción del estado de necesidad invocado, dictar una norma de las referidas características.

La respuesta negativa se impone, apreciamos, sin mayor esfuerzo.

Así lo vemos en tanto y en cuanto advertimos que el Gobierno de Río Negro carecía de potestad jurídica para dictar semejante normativa, por la sencilla razón de que al así hacerlo, afectó bienes que no se hallaban bajo su jurisdicción. Es que ninguna controversia existe respecto del derecho de posesión que la Nación ejercía sobre los fondos afectados por el Decreto Ley 2/91, que obraba en una dependencia afectada al funcionamiento del Tesoro Central.

En relación al tópico, cabe recordar la definición de la Excma. Corte Suprema de Justicia en los autos “RESOAGLI, Luis c/ Provincia de Corrientes”, fallado el 31 de julio de 1869, que expresó “...*De acuerdo con el sistema político adoptado por nuestra Constitución, los poderes de la soberanía se encuentran divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales: los del primero revisten la calidad de supremos y absolutos, y se aplican en todo el territorio de la República, es decir, aún dentro del perteneciente a las propias provincias; los de los segundos, presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercitados dentro de los límites territoriales de la provincia. Ninguna provincia*

puede legislar sino es con referencia a las cosas y a las personas que se hallen dentro de su propia jurisdicción...” (FALLOS 7:373, 317:1195; el destacado en negrita es agregado).

El dinero afectado al Tesoro de la Nación revestía en autos, la condición de cosa extraña a la jurisdicción provincial.

La Corte Suprema de Justicia ratificó, con su actual integración, en fecha más o menos reciente, la autonomía provincial y la soberanía absoluta de las provincias, en el ámbito de las facultades no delegadas, al fallar en “ZAVALÍA, José Luis c/ SANTIAGO DEL ESTERO, Provincia de, y ESTADO NACIONAL S/ Amparo”, sentencia del 21 de septiembre de 2004, reiterando la buena doctrina sentada en el fundacional caso “RESOAGLI” ya citado.

La falta de jurisdicción constituye, tradicionalmente en nuestro derecho, causal de nulidad absoluta e insanable de los actos del poder público (cfr. Ley 19.549, arts. 7.a}, 14 inc. b})

Cabe reflexionar, entonces, que en ausencia palmaria de jurisdicción sobre las cosas, ni siquiera un estado de emergencia o de necesidad podrían otorgar a una norma como el Decreto Ley 2/91, la condición de legalidad de la que carecía en origen.

No concurre, en el caso, ni por asomo, la causal de justificación del legítimo de una autoridad o cargo (cfr. art.34, inc.4º, CP).

La norma en cuestión no vino sino a pretender otorgar una pátina de legalidad a un procedimiento que constituyó la utilización ostentosa de vías de hecho, prohibidas por el ordenamiento jurídico (arg. art.9, Ley 19.549).

En tales condiciones, no otro efecto que el de asegurar la ejecución compulsiva del contenido del Decreto Ley 2/91 –que alguno de los imputados rubricó en la ciudad de General Roca, momentos antes de la ejecución de lo allí decidido- podría perseguir razonablemente la presencia física del entonces Gobernador y sus Ministros en la sede del Tesoro Regional emplazado en la sucursal del Banco de la Provincia de Río Negro en esta ciudad.

B.4.1 LA AUSENCIA DE UN VERDADERO ESTADO DE NECESIDAD.

Que si del dictado de normas de naturaleza legislativa se trata, las atribuciones jurisdiccionales llamadas a resolver el caso, comprenden necesariamente la evaluación acerca de la presencia o no de las razones de necesidad y urgencia –en términos jurídico-penales, la concurrencia de un verdadero estado de necesidad-. Esa atribución jurisdiccional había sido definida por la Corte Suprema de Justicia con antelación a la reforma constitucional de 1994, que entronizó los decretos de necesidad y urgencia en el artículo 99 inc. 3. Claro que antes de su consagración constitucional, los titulares del P.E.N. habían ya acudido a esta herramienta y frente a su cuestionamiento en sede judicial, la Corte debió ponderar si más allá de su contenido literal, concurrían en cada caso los requisitos de excepcionalidad que justificaban aquel poder hasta entonces considerado implícito de la forma republicana de gobierno.

Que, luego de un riguroso análisis del tópico, nos hallamos en condiciones de afirmar que la situación de extrema necesidad actual o inminente que según la lógica de las defensas que lo invocaron, habría justificado o disculpado el dictado e instrumentación del Decreto 2/91, no surgen acreditadas con la claridad y contundencia que han enarbolado los recurrentes. Veamos.

De inicio, se advierte que tal extremo no surge suficientemente explicitado en el contenido literal del Decreto en cuestión.

Es así que luego de reseñar el acuerdo arribado el 10 de mayo de 1991 entre la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, el Banco Central de la República Argentina y el Banco de la Provincia de Río Negro y de invocarse que “...no obstante las gestiones realizadas hasta la fecha el Banco Central de la República Argentina no ha efectivizado la restitución requerida...” se consignó “...Que con ello se afecta el normal funcionamiento del Banco Provincia impidiéndole cumplir con su rol al servicio de la economía y de agente financiero del Estado Provincial...Que es responsabilidad del Gobierno asegurar el normal funcionamiento de las instituciones y la fluida prestación de los servicios a cargo del Estado...Que con su accionar el Banco Central de la República Argentina ha generado una situación de emergencia financiera...Que frente a la misma, corresponde arbitrar las medidas necesarias para evitar un daño a las instituciones y a la normal prestación de los servicios provinciales, no obstante contar con los recursos de

los que se ha impedido su disponibilidad...Que esta situación constituye una amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos...” (cfr. fojas 37/38).

La defensa de CHIRONI y DI NARDO asumió el artículo, proponiendo en la etapa plenaria varios testigos (fs.2593/2593vta.) a efectos de acreditar la “gravísima” situación financiera de la Provincia de Río Negro a la época del hecho.

Así, a fojas 2658/2659 declaró el Lic. Rolando Carlos CITARELLA, a la sazón Director de Análisis y Gestión Pública de la Provincia de Río Negro, quien al ser consultado sobre el particular dijo “*...la situación financiera era muy complicada debido a un déficit estructural de las finanzas públicas; eso se reflejaba en un atraso permanente en el pago a proveedores, sueldos, contratistas. Acota que la situación ya descripta como deficitaria estructural...no tenía precedentes ni se contaba con antecedentes de una similar en la Provincia y en ese momento no había solución para ella....*”.

Héctor Jacinto BORTOLOTTI, licenciado en Economía y Contador refirió (fs.2660/2661) en lo que aquí interesa, que se desempeñaba como Consultor contratado por la Provincia de Río Negro a efectos de la implementación de programas financiados por el Banco Mundial y por el Banco Interamericano de Desarrollo, para el fortalecimiento de la situación económico-financiera de las Provincias. Dijo el testigo que “*...en Julio de 1991 nos encontrábamos unos meses después de la Ley de Convertibilidad, para esa fecha la provincia venía acumulando déficits (vgr. desbalance entre ingresos y egresos) de una relación aproximada de entre un 20 ó 25 %...La ley de convertibilidad al cambiar drásticamente las reglas de juego puso en claro una situación que había que afrontar y corregir de un déficit mensual entre ingresos y egresos provinciales, en los flujos de caja, por eso era importante el tema de las acreencias porque era un elemento para abordar con el tiempo necesario las reformas estructurales y la implementación de los proyectos. A mediados de 1991 tenían un déficit de caja mensual del orden de los 5.000.000 de dólares, la resultante de ingresos por alrededor de 20 y egresos por alrededor de 25, de allí la importancia de hacer efectivos los activos...*”.

El licenciado en Economía Néstor Alberto ROZADOS (fs.2662/2662vta.), a la sazón Director General de Presupuesto de la Provincia de Río Negro, dijo “*...la situación financiera de la provincia en esa época era muy complicada, la Provincia*

reclamaba acreencias del gobierno nacional, encontrándose por lo tanto en ese momento con atrasos salariales y una gran conflictividad social...”.

El docente Roberto Luis RULLI, Presidente del Consejo Provincial de Educación (fs.2663/2664) refirió que *“...la situación financiera era gravísima, el sistema educativo sentía ese impacto hasta el punto de estar en riesgo de colapso de la normal prestación del servicio...”*. Agregó que había atrasos en el pago de los sueldos a los docentes, con amenazas de huelga. Que había problemas con los proveedores de alimentos y de insumos de limpieza, también con los contratistas de transporte para los escolares, debido a que existía una importante deuda con los mismos. Que lo propio ocurría con los servicios esenciales, que si bien eran empresas del Estado Nacional, la disciplina fiscal impuesta por la ley de convertibilidad había generado amenazas de cortes, destacando la importancia del gas en la zona sur de la Provincia. Al requerírsele precisiones, RULLI dijo que en general nunca se habían producido atrasos en el pago de salarios docentes, pero que en los dos meses precedentes a julio de 1991, había existido una demora de unos días y que en función de ello, el gremio del área había anunciado que de reiterarse tales incumplimientos declarararía una huelga por tiempo indeterminado, contando con fuerte apoyo de los padres del alumnado.

Luis Felipe SUÁREZ, de profesión Contador Público Nacional (fs.2665/2666) dijo que entonces era Contador General de la Provincia y refirió que *“...en 1991 la situación financiera de la Provincia era muy difícil dado que la Provincia arrastraba un déficit bastante importante que se vio agravado como consecuencia de la convertibilidad aplicada en el año 1990 que originaba una necesidad de contar con un refuerzo financiero que permitiría en aquel momento equilibrar las cuentas y un ordenamiento de los gastos, dado que en un período con inflación las deudas se podrían haber licuado, originando una salida más fácil de la situación. Recuerda que en el momento había una dificultad para dar cumplimiento en término de los servicios básicos que le correspondía al Poder Ejecutivo...”*. Agregó que se hallaba en ciernes un acuerdo de compensación de deudas entre los Estados Nacional y Provincial, que se concretó recién en 1993, otorgando una importante acreencia para el Estado local. Recordó que el Ministerio de Economía de la Nación acordaba un trato discriminatorio a la Provincia de Río Negro, negando ayuda financiera que otorgaba a otras provincias del mismo signo partidario que quienes ejercían el P.E.N.. Precisoó que esas

provincias resultaban deudoras del Estado Nacional, a diferencia de Río Negro que contaba con importante acreencia a su favor.

A su turno (fs.2667/2668vta.) se pronunció Carlos Alberto CAMPOS, contador de profesión, a la sazón Secretario Técnico del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, relatando que la estrechez financiera que atravesaba la Provincia impactaba en el funcionamiento del Poder Judicial local.

Una rápida lectura de las testificales evocadas indica que los inconvenientes económico financieros de la Provincia de Río Negro no derivaron de una situación súbita e imprevisible para Julio de 1991, sino que se trataba de la profundización de una situación de larga data, que se había intensificado en 1990 a partir de la sanción de las normas federales de Convertibilidad, una de cuyas finalidades esenciales era lograr una disciplina fiscal que se había perdido en tiempos anteriores, cuyo corolario fue la denominada “hiperinflación” de 1989.

En ese sentido, cabe recordar que la Administración de la Provincia de Río Negro venía siendo ejercida por el entonces Gobernador MASSACCESI desde 1987.

Lo expuesto indica que el Ejecutivo Provincial no resultaba entonces ajeno a una situación de estrechez económica que tendía a profundizarse, como suele ocurrir lamentable y recurrentemente en un país acostumbrado a las “crisis recurrentes”.

Fuera de la responsabilidad derivada de la alta investidura de quienes entonces –los imputados- regían los destinos de la administración provincial, dicho esto no en términos de reproche, sino de la inexcusable responsabilidad institucional que les cabía en el manejo de la situación, no se advierte que al momento del dictado del Decreto-Ley 2/91 concurriese efectivamente una situación de extrema gravedad institucional –vgr. huelga generalizada o paralización de los servicios esenciales a cargo del Estado local: salud pública, educación, administraciones municipales, justicia, seguridad- cuya virulencia o intensidad provocase la única alternativa institucional de quebrar el Estado de Derecho, apoderándose de fondos públicos pertenecientes a una dependencia del Estado Federal (B.C.R.A.).

Las defensas de MASSACCESI, DI NARDO y CHIRONI, en ocasión de criticar el juicio de valor de la jueza *a quo*, desestimaron que la condición de acreedora de la Provincia de Río Negro y la complicada situación económico-financiera pudieran haber sido

atendidas por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, reflexionando que el alineamiento de quienes entonces integraban el mas Alto Tribunal con el Ejecutivo Nacional, brindaba un pronóstico negativo acerca de la posibilidad de lograr un fallo tempestivo y justo.

Sin necesidad lógica de poner en tela de juicio la composición de lugar ofrecida por los señores defensores, el óbice para la admisión de tal argumentación deviene de su carácter netamente especulativo. Y en definitiva, ese modo de razonar no trasluce sino una evaluación de mérito, de naturaleza eminentemente política, que por esa misma razón no corresponde a los suscriptos calificar.

Lo que sí resulta relevante es que se acudió a vías de hecho –aún bajo el amparo de una normativa de emergencia- sin que el estado de necesidad invocado haya merecido el respaldo probatorio indispensable para excluir la antijuridicidad o en su defecto la culpabilidad de un obrar que se aprecia objetiva y subjetivamente ilegal.

B.5. LAS ESCALAS PENALES APLICADAS. RATIFICACIÓN.

Que si bien cabe aceptar, por vía de principio, que la modificación de la calificación legal aplicable al caso podría implicar la modificación *ex officio* de las escalas punitivas dosificadas en la anterior instancia, el Cuerpo advierte que en el caso no corresponderá innovar al respecto.

Ello así por cuanto las características del hecho, su gravedad institucional, la audaz y temeraria utilización de vías de hecho con estridente abuso funcional por parte de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro a la fecha de los hechos, que acometieron un episodio de quiebre del régimen jurídico federal que no registra precedentes en la historia político-jurídica argentina, constituyen elementos cuya prudente ponderación impone ratificar la dosis de castigo fijadas, en un todo de conformidad con las disposiciones de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Corresponderá, por otro lado, dejar sin efecto la condena de inhabilitación absoluta perpetua aplicada a los inculcados en función del tipo penal escogido en la instancia precedente (art.261, CP).

Sin perjuicio de ello, se aprecia pertinente aplicar la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos por el lapso de 5 años, por cuanto la

conducta comprobada evidencia un ejercicio abusivo de la función por parte de la totalidad de los inculpados cuya condena se confirma (art.20 y 20 bis, párrafo 1º e inciso 1º del C.P.).

B.6. SITUACIÓN DE ROBERTO RAPAZZO CESIO.

Las circunstancias que rodearon la actuación del nombrado indican, tal como lo postulara en su descargo material y como lo sostuviera su defensa técnica en uno de los segmentos de sus agravios, que el entonces Director Ejecutivo del Banco de la Provincia de Río Negro pudo haber actuado, razonablemente, víctima de error de prohibición directo e invencible, y concurrentemente, en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su autoridad o cargo, en el sentido indicado en los artículos 34 inc. 1º e inciso 4º del C.P., respectivamente, como causales de justificación.

En efecto, cabe reparar en el hecho de que RAPAZZO CESIO no participó de las deliberaciones previas a la elaboración del Decreto Ley 2/91 y es de presumir que por el rol institucional que entonces le estaba asignado, careció de verdadera ingerencia en la decisión “político-jurídica” de su dictado, aún cuando le hubo tocado participar luego en la instrumentación de lo decidido, en orden a su competencia funcional.

Debe apreciarse que a la fecha de los hechos, el Banco de la Provincia de Río Negro se emplazaba como agente financiero del Estado local y en función de ello, debía observar las líneas de política económica general dictadas por el Ministerio de Economía.

Luego, el 5 de julio de 1991, RAPAZZO CESIO arribó a la Sucursal General Roca del Banco de la Provincia, junto con el Gobernador, encontrándose ya en el lugar el entonces Vicegobernador, el Fiscal de Estado y los Ministros del Poder Ejecutivo.

Es indispensable preguntarse si, en ese contexto de inmediatez, este inculpado –de profesión Contador Público Nacional- se hallaba en condiciones razonables de informarse cabalmente acerca de la naturaleza jurídica, alcances y consecuencias de una norma del tenor del Decreto Ley 2/91.

La prudente respuesta a la circunstancia enunciada indica que si RAPAZZO CESIO no contribuyó a la formación plural de la voluntad de quienes suscribieron la norma referida y debió contribuir *in situ*, en virtud de su rol institucional, a la

instrumentación de la “incautación” allí decidida, poco es lo que puede afirmarse en términos de conciencia de antijuridicidad a su respecto.

La referida falta de información suficiente sobre los alcances jurídicos del decreto ley sumado a la necesidad de actuación inmediata en función del rol institucional asignado, dadas las circunstancias del caso, indican la presencia de un obrar inculpable.

B.7. ERRÓNEA APLICACIÓN DE LA ACCESORIA DEL ART.12, CP. REVOCACIÓN.

Que tal como lo explicitó el señor Fiscal General en su intervención en la instancia, toda vez que las penalidades aplicadas se ubican por debajo de los 3 años de prisión, deviene inaplicable la accesoria del artículo 12 del C.P., razón por la cual corresponde dejarla sin efecto.

Por lo expuesto, el Tribunal, **RESUELVE:**

- I. Rechazar los planteos de prescripción y de insubsistencia de la acción penal, con costas;
- II. Declarar desierto el recurso interpuesto a favor de Ricardo Jorge SARANDRÍA, con costas;
- III. Confirmar la condena impuesta a Horacio MASSACCESI, Fernando Gustavo CHIRONI, Raúl Alfredo DI NARDO, Ricardo Jorge SARANDRÍA, modificando la calificación legal impuesta en la anterior instancia por la de Robo (art.164 C.P.), manteniendo las penas de prisión aplicadas en cada caso, con costas y revocando la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua, que se sustituye por la de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos durante 5 años (arts.20 y 20 bis, primer párrafo e inciso 1° del C.P.);
- IV. Revocar la sentencia dictada en relación a Roberto RAPAZZO CESIO, absolviéndolo libremente de culpa y cargo (art.34, inc.1° del C.P.);

- V. Dejar sin efecto la accesoria del artículo 12 del Código Penal, en relación a los inculpados cuya responsabilidad penal ha quedado establecida en la presente;
- VI. Tener presente la reserva de recurso extraordinario federal formulado por las defensas a fojas 2868 ap. 4 y fojas 2877 ap. 2 y 3 del Petitorio (art.14, Ley 48);
- VII. Registrar, notificar y devolver a origen.